

政府采购中的职务犯罪及防治

黄鑫¹, 付琪舒²

(1. 湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410081;

2. 广州君泽君律师事务所, 广东 广州 510613)

[摘要] 政府采购中交织了巨大的经济利益和广阔的行政权力自由裁量空间, 加上法律规范和制度建设的不完善, 使得政府采购领域丑闻频发, 滋生权力寻租、官员腐败乃至职务犯罪。由于其行业和领域的特殊性所致, 政府采购中的职务犯罪既和一般的职务犯罪有共同点, 也有自身的特点。把握政府采购中职务犯罪的特殊性, 才能对其进行更加有效的防范和处置。

[关键词] 政府采购; 职务犯罪; 犯罪防治

[中图分类号] D914.392

[文献标识码] A

[文章编号] 1674-117X(2013)02-0055-06

On Duty Crime and Its Prevention and Control for Government Procurement

HUANG Xin¹, FU Qishu²

(1. School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China;

2. Guangzhou Jun Zejun Law Offices, Guangzhou 510613, China)

Abstract: The government procurement, who mixed the great economic benefit and broad administrative power discretionary space, as well as imperfect legal norms and system construction, make government procurement field frequent scandals, breed power rent-seeking, official corruption and even the duty crime. Because of particularity of its industry and field, duty crime in government procurement both have general duty crime in common and their own unique features. We can carry on more effective prevention and disposal by grasping the government procurement of particularity of the duty crime.

Key words: Government procurement; duty crime; Crime prevention and control

政府采购已经成为我国非常重要的一种公权力行为, 在我国的社会经济和行政管理中占据越来越关键的地位。政府采购中交织了巨大的经济利益和广阔的行政权力自由裁量空间, 加上法律规范和制度建设的不完善, 使得政府采购领域丑闻频发, 滋生权力寻租、官员腐败乃至职务犯罪。政府采购中的职务犯罪既和一般的职务犯罪有共同点, 例如所涉罪名大致相同, 但也有自身的特点, 这是基于其行业和领域的特殊性所致。必须针对政府采购中职务犯罪的特殊性, 对其采取相应的防范和

处置措施, 才能在短期内遏制政府采购中职务犯罪不断升级的势头。

一 政府采购中职务犯罪之可能空间

政府采购是常见的一种政府行为, 本质上即政府进行购物, 但政府采购目的的社会公益性、方式法定性、对象限定性等决定了其不能和私主体日常生产生活中的采购同日而语。政府采购一方面在资金来源上需动用国家和地方财政, 且通常数额较大, 另一方面实施主体是专门的政府工作部门,

收稿日期: 2012-09-18

作者简介: 黄鑫(1987-), 男, 湖南株洲人, 湖南师范大学硕士研究生, 主要从事宪法基本理论和政府采购法研究; 付琪舒(1988-), 女, 湖南株洲人, 广州君泽君律师事务所律师, 主要从事公司法研究。

也就使得政府采购本身和职务犯罪,尤其是贪利型职务犯罪有天然联系。从我国政府采购现状来看,还有以下因素使得政府采购中存在巨大的职务犯罪的空间:

1. 政府采购涉及主体广泛,从纵向上看,可能进行政府采购的有各级国家机关、事业单位、团体组织;从横向上看,参与整个政府采购流程的除了采购人,还有采购代理机构、供应商以及受邀对供应商进行评定的专家评委等。其过程漫长,程序复杂,不可避免需要众多主体参与,各个主体均可单独构成或参与职务犯罪;即便是无国家工作人员身份的供应商和专家评委,也完全可以构成职务犯罪的共犯。

2. 政府采购的参与主体十分广泛,因此也就难以对各个主体进行统一的规制。采购主体中既有行政主体,也有行政相对方,还有有权使用财政性资金的事业单位和社会组织。对一些在政府采购中行使职务行为的非公权力主体,如事业单位和社会团体,以及与职务行为密切有关的公民,如专家评委,难以像对国家机关一样予以规范制约。一旦涉嫌职务犯罪,其法律地位、行为性质,也可能存在认定上的争议。

3. 目前我国政府采购程序本身存在缺陷,即便是作为一般选择的集中采购和公开招标,虽在理论上是相对最完善的,但也绝非无懈可击。目前查处的职务犯罪案件中,70%的受贿案件与招投标有关^[1],实践中集中采购和公开招标发生的职务犯罪更是屡见不鲜。由此可见,即便是相对最为规范和严格的集中采购和公开招标,仍无法杜绝职务犯罪,更何况作为例外的、相对更不完善的其他程序。而采购人和供应商完全可通过具体操作,例如拆分项目,规避集中采购和公开招标,选择有利于自己实施犯罪的采购方式。程序和制度本身不完善,且可被规避,自然成了滋生职务犯罪的沃土。

上述因素并非政府采购中职务犯罪的全部根源。有权力就会滋生腐败,甚至犯罪,尤其当权力面临着以下两种外在因素时,更可能成为职务犯罪的重灾区:(1)权力寻租有巨大的利益;(2)权力本身缺少应有的监督和制约机制。我国当前的政府采购制度,也面临着这样的问题。一方面,随着市

场经济发展,政府采购制度也从试点初创发展到全面实施,到2008年,采购规模已由改革开放初期的十几亿元增长到5990亿元,占财政支出的9.6%^[2]。十一五期间,我国政府采购的规模更呈持续增长的趋势。据财政部统计数据,2010年我国政府采购规模达8422亿元,年均增长率23.5%,2011年则为9000亿元,预计到2012年我国政府采购规模将突破10000亿元大关,占公共支出10%左右。如此庞大的市场需求和财政投入,对于政府采购中的各方主体,都是巨大的利益诱惑,他们往往即便为此违法犯罪也在所不惜。另一方面,虽然我国已经有《政府采购法》及一些相关法律法规和制度,但不可否认的是,不同于政府采购在西方国家已有两百多年历史和充分的实践,在我国其仍是一个新鲜事物,它是在改革开放、建立社会主义市场经济后才慢慢发展起来的。在与WTO和国际社会接轨的压力下,仓促出台的《政府采购法》,先天不足,配套制度和法律法规亦不完善,对公权力监管制约不足,法律责任规定较为粗放,这些都为政府采购领域的权力寻租和职务犯罪大开方便之门。

在上述多方面因素影响下,我国的政府采购,已经由最初的“阳光工程”沦为“黑暗工程”,近年来更是丑闻频发,影响恶劣。据一则统计资料显示,仅2006年1至10月,我国检察系统查处8010起商业贿赂案件(涉案金额8.8亿元),政府采购部门占23%,仅药品采购一项每年回扣侵吞公款就高达7.2亿元^[3]。由此看来,随着政府采购的蓬勃发展,对于政府采购中的职务犯罪问题,我们不仅应当重视,还须立即采取有效措施予以防治。

二 政府采购中职务犯罪的具体解析

我国政府采购中主要的职务犯罪类型是贪污贿赂和渎职犯罪,但并不仅限这两类罪名。前者包括贪污罪、行贿罪、受贿罪、挪用公款罪;后者可能发生在政府采购领域中的主要是以下4个罪名:滥用职权罪;玩忽职守罪;故意(过失)泄露国家秘密罪;国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪。上述罪名,一方面多为过失犯罪,不符当前政府采购职务犯罪多是主动的贪利型犯罪这一状况;另一方面即便发生了,也有相当一部分并未进入刑事程

序,而是由行政系统内部处理。

我国《政府采购法》中的刑事责任条款是第72条、76条、77条、78条和80条。可被追责的主体包括具有法人资格的采购人、采购代理机构、采购监管部门和供应商及其主要负责人^[4]。犯罪客体多样,主要是公私财物所有权,也包括商业名誉、政府采购制度和管理秩序、国家机关的正常活动等。主观方面多为故意,少数为过失。

先从犯罪客观方面看政府采购职务犯罪:

1. 贪污罪。在政府采购过程中利用职务便利,侵吞、窃取、骗取或以其他方式非法占有采购资金和采购对象,例如虚领冒领、虚开发票、收入不记账等^[5]。本罪对于犯罪主体有严格要求,一般是作为采购人的国家机关、事业单位、社会团体中符合主体要件规定的工作人员。但实践中,一些不具备贪污罪犯罪主体资格的人员,也可能参与其中,甚至起到主要作用。此时若以其他罪名来定性,例如职务侵占罪等,并不一定妥当。

2. 受贿罪(行贿罪)。作为对合性犯罪的受贿罪和行贿罪是我国政府采购中最常见的职务犯罪类型。供应商为获得竞标中的优势甚至企图直接中标,向采购人、采购代理机构、专家评委以及采购监管机构行贿以牟取非法利益,或者此四者主动向供应商索贿,在司法实践中层出不穷。来自供应商的贿赂是政府采购中职务犯罪人违法所得的主要来源。但这里存在和贪污罪一样的问题,非受贿罪主体参与贿赂犯罪,只能以其他罪名定性,固然严守了罪刑法定原则,但却未必罚当其罪。

3. 其他相关职务犯罪。包括串通投标罪(供应商和采购人及采购代理机构之间、供应商之间的串标、围标),滥用职权和玩忽职守罪(第72条第3款向采购监管部门提供虚假情况、采购人超越程序直接指定供应商、采购监管部门非法干预采购程序、监管不力等),故意泄露国家秘密罪(第72条第4款开标前泄露标底),毁灭、伪造、变造、买卖国家机关公文罪(第76条),私分国有资产罪(采购代理机构私分作为国有资产的采购资金)等^[5]。这些罪名主观方面多为故意,符合政府采购中职务犯罪多贪利型犯罪的现状,本身还可能与贪污贿赂行为相联系,从而构成数罪。但一些由供应商或其他非公权

力主体单独构成的犯罪,例如77条第1款和第2款的合同诈骗罪与损害商业信誉、商品声誉罪,不属于职务犯罪,故不加论述。

从上述刑事责任分析看出,目前法律对政府采购中采购人、代理机构、监管部门和供应商涉嫌职务犯罪行为都有规制。虽只是《政府采购法》中的附属刑法规范,但在现行《刑法》均有相关罪名完备细致的规定,如果采购人、采购代理机构、采购监管部门和供应商涉嫌职务犯罪,至少在法条规范上是可以有效和及时地调整的。所以,就政府采购职务犯罪的刑事责任追究而言,问题很大程度上出在司法而非立法层面。尤其是法律还忽略了一个重要的主体——专家评委。

政府采购评定决策机构为了对各供应商进行科学严谨的审查和评价,保证招标结果公正准确,必须召集专家评委进行评标。专家评委之所以需要在理论上特别关注,是因为专家评委涉嫌职务犯罪有其特殊性。

专家评委不具政府采购当事人身份,本身来自社会各行各业各个单位,并非专职参与政府采购程序,也未必具备国家工作人员的身份。但专家评委在政府采购过程中,的确享有相当的权利甚至权力,也负担着相当的义务,其对政府采购最终决策和招投标结果的影响并不逊于采购人、代理机构和监管部门负责人,一些知名专家学者担任评委,甚至享有极高的权威。

一些政府采购中的其他主体往往通过专家评委来左右采购决策和招投标结果,双方形成合作关系。例如专家收受贿赂后在评标中给特定供应商打高分,促其中标;一些采购主体为保障自己在政府采购中的不正当利益,故意使对自己有利的专家被频繁抽取,双方狼狈为奸,结为利益同盟。

所以,专家评委在政府采购中实际上扮演了相当关键的角色,也是职务犯罪的重要主体。职务犯罪不能完全等同于“国家工作人员犯罪”,特殊主体身份不是认定的全部,关键在于行使特定职务行为时利用职务之便犯罪。一些来自诸如高校和社会团体的专家虽非国家工作人员,但其评标行为一方面涉及公共财物的使用,另一方面是政府公务行为的重要组成部分,缺一不可,可能直接推动政府采

购行为的做出,或提供重要参考,故应当将其纳入职务犯罪主体的范畴。目前,一些专家评委对政府采购的操纵甚至到了随心所欲的地步,但对专家评委腐败的监督却是盲区,现场评议活动之外,也是最易发生腐败和违法犯罪的场外活动,无从监管^[4]。如果不将专家评委纳入政府采购职务犯罪防治体系规制的对象范围,只是单纯限制采购方的行政权力,则专家评委的地位必然上升,可能成为采购方和供应商权钱交易的中介和掮客,像被称为“中国政府采购第一案”的北京现代沃尔商贸有限公司诉财政部这样“专家帮忙”的案例还会有更多。无限制的权力必然导致腐败和犯罪,政府采购专家评委手中掌握的,正是这样一种缺少监督和制约的权力。

三 政府采购中职务犯罪的特殊性

1. 政府采购中的职务犯罪行为可能是基于“铺路”的目的^[2],即当时无利益要求或交易,而是长线投资,培养感情,为今后可能参与的政府采购活动取得优势和利益埋下伏笔。这和一般的职务犯罪,尤其是贪污贿赂犯罪中双方进行即期的权钱交易不同,在表面上可能只是表现为一方的单方面赠予,也就使得这种职务犯罪行为具备了相当的隐蔽性。

2. 政府采购中采购方和供应商有合法方便的接触机会,为权钱交易提供空间。一般的职务犯罪防治中有一个重要的手段,就是切断或阻碍公权力主体和相对人的联系,使之难以合谋以及顺利实现交易。但在政府采购中,这一点却不易实现。首先,供应商可以通过邀请采购方进行实地考察、参观展览、产品展示、联谊会等方式实现双方的私下接触^[6],而对此,法律法规并无明文禁止;其次,即便采购方和供应商无法顺畅联系,但相对自由的专家评委可以扮演中介和掮客的角色。

3. 犯罪手段和形式多种多样。这种多样性在政府采购过程中的贿赂犯罪中体现得尤为明显。行贿的名目千变万化,不一而足,除了传统的回扣、佣金、提成外,还能假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费等各种名目,甚至为相关人员及其亲属提供可明显盈利的商业机会等,为这类职

务犯罪案件的侦查工作增加了难度^[2]。

4. 可通过合法的途径牟取非法利益。一般的职务犯罪中,行为人在获取非法利益后,往往需要通过违规甚至违法的手段为前述非法利益的提供方牟取回报,例如受贿之后违反程序为行贿方办事。但在政府采购中,采购人和采购代理机构可以利用手中的权力,以合法合规的手段为特定供应商牟取不正当利益和优势。例如拆分采购项目,通过制定特殊规范(限制供应资格,限定品牌、参数等采购需求,在评标办法中做文章等)满足特定供应商^[4],或者限制投标信息公布,使特定供应商在信息上占得先机。这些手段虽在形式上并不违法或违规,但实质上的危害性却不可忽视。

5. 政府采购领域容易形成盘根错节的利益集团,爆发职务犯罪窝案、串案。比较典型的例子就是采购人、采购代理机构负责人或其他工作人员的家属或利害关系人以供应商的身份进入招投标,如在国家机关担任领导职务的人,将单位的采购项目交予亲戚或朋友的企业。目前政府采购已形成一个以财政系统为纽带的坚不可摧的利益衍生体,政府采购代理结构从业者大都是“圈内人”的亲属^[7]。广州市政府采购中心腐败“窝案”绝非个例,只是目前政府采购领域官场生态的一个侧影而已。这种稳定合作乃至亲密关系下的职务犯罪链条,不仅更具隐蔽性和危害性,也使得举报和查处的难度远高于一般职务犯罪。

6. 危害结果并不容易发现。一般职务犯罪的犯罪结果社会危害性较为明显,例如贪污罪造成国有资产的严重流失,受贿罪涉案金额巨大,渎职犯罪造成人身财产的重大损失等。但在政府采购职务犯罪中,表面上的结果可能只是表现为报价较高的供应商中标,或者最终成交价格过高,社会危害性不如其他职务犯罪那么明显。且不论市场价格具有弹性,天价采购亦非不能找到理由,社会对于政府采购的价格及其机制也缺少明确清晰的认识,不能理性认识和看待政府采购中价格与一般市场价格之间的差异。这种“买贵不买好”的行为,也容易被解释为工作失误或市场经验不足、调查工作不到位而轻巧带过。殊不知一个看似简单的高价政府采购行为的背后,就很可能隐藏了采购方和供应

商的权钱交易。

四 防治政府采购中职务犯罪的建议

目前我国政府采购领域中已经初步建立了职务犯罪防治体系,做出了一些很有价值的尝试,例如将全国各级检察机关的行贿犯罪档案查询系统向政府采购开放,采购人和采购代理机构可以通过指定方式查询参投供应商的行贿犯罪记录,防止有行贿前科的供应商进入政府采购领域。根据最高检的统计数据,2011年全国检察机关共受理行贿记录查询63万次,500余家有行贿犯罪记录的单位和近900名个人被限制准入、取消投标资格、降低信誉分或资质等级、中止业务关系^[8]。除此之外,理论界和实务界还提出了其他的一些建议或措施,包括健全政府采购法律制度体系、检察机关对政府采购进行全面监督^[9]、对政府采购从业人员加强法制教育、完善政府采购的内部和外部监督、加强社会监督等。这些建议或措施无疑都是有价值的,但仍存在一定不足。有的指导性 or 纲领性过强,失之过于宽泛;有的略显天真,实际作用值得怀疑;有的则在短期内难以实现。从长远看,上述措施都应当得到实施和坚持。笔者提出五点具体建议,希望在短期内遏制政府采购中职务犯罪的势头。

1. 建立政府采购信息公示制度。此处所说的信息公示,并非局限于公布采购项目信息、进行招标公告等已经依法应当公示的信息,而是一个政府采购项目从始至终的所有重要信息,均应当强制向全社会公示,包括项目的细节、采购模式和采购方式、参投供应商的名单和背景资料、专家评委的个人信息和过往评价、专家评委的评议情况和结果、招投标或谈判的结果、最终成交价以及中标供应商等。这些信息全部强制向社会公开(必须在当地主流媒体上公示),接受全社会的监督,并在一定的公示期(不宜过长也不宜过短,例如7天到15日)内允许提出异议,再由政府采购监管部门进行审查和处理,一旦发现涉嫌腐败或职务犯罪的,立即交由纪检监察检察机关处理。

2. 加强对专家评委的监管。(1)先按地区分别建立专家库。入库专家经各地政府采购机关和采购协会提名,由省财政厅组织专门委员会,

根据候选专家各方面情况综合审查和评定后决定,入选专家名单要想社会公示,接受社会异议。(2)专家库平时由省财政厅政府采购监管部门管理维护,入库专家有一定任期,例如3年,可连任,任期到一半和结束时需对其之前的评审工作进行综合评价,涉嫌职务犯罪的暂时中止评委资格。确认参与职务犯罪的立即打入国家统一的专家黑名单,在全国范围内都不得再从事政府采购评审工作;工作存在瑕疵遭遇异议调查确认属实,达一定次数的,也进入黑名单。(3)专家评委不再仅由采购人和采购代理机构抽取,其抽取应在省财政厅政府采购监管部门组织下公开进行,即先由采购人代表和政府采购协会代表各随机抽取一名专家,剩下的由组织方随机抽取,共同组成专家评委团。(4)确认专家评审的“双异地”制度:专家不得参与其所在地的政府采购项目的评审;对一项目的评审不能在当地进行,必须异地评审,且不能是供应商或其他利害关系人所在地。(5)评审工作必须遵守高效原则,不得无故拖延,应当在法定期限内高质量高效率地完成。专家评委的评审意见和最终结果都应当计入笔录,由与会专家签字并负责,交由相关部门保管。对评审结果予以公示,接受社会监督评议。

3. 依据《刑法》第93条,国家工作人员具体包括以下四类人:在国家机关中从事公务的人员,在国家机关之外的其他国有单位从事公务的人员,国家机关以及其他国有单位委派到非国有单位从事公务的人员以及其他依照法律从事公务的人员。对于涉嫌职务犯罪的专家评委,有可能属于第二类“在国家机关之外的其他国有单位从事公务的人员”,例如高等院校的工作人员;也可能属于第三类“国家机关以及其他国有单位委派到非国有单位从事公务的人员”,例如受委派加入行业协会的公务人员。如果上述两类皆不符合,则可以认定为“其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论”。此条文属于刑法对国家工作人员规定的兜底条款,指在特定条件下行使国家管理职能和公务的人员,从事公务和行使国家管理职能,并不是其本身所固有的职责引起的,而是在特定条件下进行的,是法律和特定职责的要求,例如著名的“假球”案中的受贿黑哨龚建平,最终就是以“国家工作人员”论罪

的^[10]。专家评委一方面从事的是公务,参与的是政府的行政行为;另一方面其履职是基于法律的规定,有明确的法律依据,故其若涉嫌职务犯罪完全可以认定为“国家工作人员”。

4. 对最终成交价格明显离谱或者高出最低出价太多的政府采购项目主动启动职务犯罪调查,而不同于在有证据或举报证实涉嫌职务犯罪后才被动提起。这一措施主要是针对现在越来越多被曝光的天价采购。这些价格离谱的天价采购不仅严重耗费了国家财政资金,损害了政府形象和公信力,不利于形成健康有序的政府采购市场秩序,还极有可能在其背后存在权钱交易的职务犯罪。所以,对于这一类政府采购项目主动提起职务犯罪调查是非常有必要的。而对于经调查并未涉嫌职务犯罪的天价政府采购项目,也应当追究相关责任人的行政责任,并酌情增加其所在单位下一年度政府采购项目的申报难度,或减少采购所需财政资金的拨款额度。

5. 最后,当政府采购项目中已经确证发生了职务犯罪行为,就必须加大查处力度,严格追究嫌疑人和被告人的刑事责任,绝不姑息放纵。历史和现实的经验表明,对公权力的制度化规范和约束极为必要^[11],例如建立定期的纪检、检察部门工作联席会议制度,形成信息共享和工作互动,对政府采购的关键岗位和核心环节予以重点督查^[11]。这些是从外部对政府采购进行监督制约的重要方面,从事后惩罚的机制上对政府采购从业人员产生心理强制,增加犯罪成本,使得相关人员即使面对巨大的利益诱惑和可能的制度缺陷,也不得不三思而后

行,尽量将政府采购领域的职务犯罪消灭在犯意和萌芽阶段。

参考文献:

- [1] 王 莉,何宗静,姜曙滨. 浅析政府采购招投标中的职务犯罪现状及对策[J]. 法制与经济,2008(9):89-91.
- [2] 牛志奇. 政府采购领域的职务犯罪预防[N]. 中国纪检监察报,2009-12-16.
- [3] 张树军. 政府采购中职务犯罪的特点及预防[J]. 中国检察官:司法实务版,2010(1):58-60.
- [4] 张茂林. 我国政府采购法刑事责任分析[J]. 合作经济与科技,2005(18):60-61.
- [5] 全 友. 警惕政府采购工作中引发的职务犯罪[N]. 消费日报,2006-07-06.
- [6] 湛中乐. 浅谈政府采购中的反商业贿赂问题[J]. 中国政府采购,2007(2):12-13.
- [7] 王启广. 政府采购灰色利益链调查. 瞭望东方周刊[J]. 2009(2):39-41.
- [8] 宋 伟. 行贿犯罪档案查询:剑指工程与政府采购腐败[N]. 人民日报,2012-02-22.
- [9] 谭太平. 浅析政府采购中的职务犯罪预防[J]. 法制与经济,2010(11):94.
- [10] 熊选国,苗有水. 如何认定“其他依照法律从事公务的人员”[EB/OL]. [2012-08-12]. <http://www.china-court.org/article/detail/id/140632.shtml>.
- [11] 陈 雄. 国家权力与公民权力的规范理论[M]. 北京:法律出版社,2012:25.

责任编辑:黄声波